

ESTUDIO	<h2 style="text-align: center;">TRES PREGUNTAS (CON RESPUESTA) SOBRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: CUANDO SE REQUIERE REFORMAR LA NORMA PARA AMPLIAR SU PROTECCIÓN</h2>
	<p>Carolina Blasco Jover Prof^a Titular Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante.</p>
	<p>1. A modo de introducción. 2. Cuidado de hijos e incapacidad temporal: ¿es el enfoque de género la solución para flexibilizar el tenor de los arts. 172.a) y 237.1 LGSS? 3. Vacaciones e hijos: ¿debería considerarse trabajo efectivo a efectos de vacaciones el tiempo disfrutado en excedencia por cuidado de hijos? 4. Hijos menores, pero mayores de tres años: ¿cabe su inclusión en la excedencia por cuidado de hijos (o de familiares)? 5. Reflexiones finales.</p>

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como es conocido, el ordenamiento laboral arbitra toda una serie de medidas con ocasión del cuidado y la crianza de los hijos que, combinadas con las que se articulan en el campo de la Seguridad Social, van destinadas a facilitar la conciliación entre la vida familiar y la laboral (ámbitos de la vida habitualmente tan difíciles de compaginar) y a paliar el defecto de rentas durante determinados períodos. Y es que ciertamente no cabe duda de que el cuidado de los hijos es una de las cosas más gratificantes que le pueden ocurrir a una persona durante su vida; pero, ello no obstante, también es cierto que tal circunstancia puede acarrear ciertos gravámenes o inconvenientes en la situación laboral de muchas madres trabajadoras que son las que, aún a día de hoy, sostienen la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros.

Debido a este incontestable hecho, han sido innumerables los esfuerzos, acelerados señaladamente a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que tanto el legislador como los Tribunales han realizado para intentar reducir (o, incluso, revertir) tales desajustes entre la atención del hijo y la situación laboral. Buenos ejemplos de ello han sido facilitar la acumulación del permiso por lactancia, otorgar este derecho tanto a la madre como al padre, el establecimiento de ficciones de cotización para determinados períodos en los que se está al cuidado de hijos o familiares, la implantación del permiso y de la prestación por paternidad, la atribución directa de cotizaciones por razón de la maternidad, el reconocimiento de la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o propia durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, la concreción de los perfiles de la reducción de jornada por guarda legal o de la adaptación del tiempo de trabajo sin reducción de jornada o sin ir más lejos las medidas implementadas en el controvertido (por su forma y tiempo de aprobación y por cierto contenido de su articulado) RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de

medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación.

Ahora bien, que ello sea así, que se hayan realizado tales esfuerzos, no quiere decir que aún no quede camino por recorrer... y multitud de soluciones jurídicas que aplicar a problemas que se plantean en la vida cotidiana, social y laboral, de los progenitores. Algunos de esos problemas se proyectan, por lo que aquí importa, cuando se trata de ejercer la excedencia por cuidado de hijos, una institución que, en líneas generales, está bien planteada, pero que convendría perfilar en determinadas cuestiones que han saltado a la actualidad de la mano de los Tribunales. Porque resulta cuando menos sorprendente que un derecho como es el que aquí se trata, vinculado tan inexorablemente a tutelar un bien jurídico amparado constitucionalmente y que el ordenamiento laboral se empeña tanto en resguardar, pueda afectar negativamente al disfrute de otros derechos que le atañen al progenitor en cuanto trabajador, algo que, llevado al extremo, podría provocar que aquél tuviera que escoger entre uno y otros.

Sobre esta afectación negativa y las reflexiones que deban efectuarse sobre la posibilidad de flexibilizar (y cómo) el rigor de ciertas normas jurídicas va a descansar el objeto de este trabajo. Ello no obstante, conviene dejar ya apuntado que, tras ese análisis, se realizará otro, anudado igualmente al bien jurídico tutelado con esta suspensión, que abordará un tema también controvertido y que ha merecido atención tanto doctrinal como jurisprudencial: la inclusión del menor mayor de tres años en el ámbito de protección de este tipo de excedencia o, en su caso, de la excedencia por cuidado de familiares. No es un tema ni baladí ni desconectado de los anteriores. Antes al contrario, en tanto que la apuesta que desde este trabajo se va a realizar por reformular el tenor del art. 46.3 ET pasa también por plantear este problema, por ofrecer argumentos para que el cuidado de tal menor pueda subsumirse en su ámbito de protección y para que la excedencia por cuidado de hijos pueda ser replanteada de un modo tal que resulte de mayor utilidad práctica para los progenitores.

2. CUIDADO DE HIJOS E INCAPACIDAD TEMPORAL: ¿ES EL ENFOQUE DE GÉNERO LA SOLUCIÓN PARA FLEXIBILIZAR EL TENOR DE LOS ARTS. 172.A) Y 237.1 LGSS?

La pregunta que encabeza este epígrafe se ha planteado a nivel judicial¹. Y la respuesta que se le ha dado ha sido positiva, reconociéndose el derecho de la trabajadora al abono de la prestación de incapacidad temporal a pesar de no tener el período previo de cotización exigido por la norma² por haber disfrutado

1 STSJ La Rioja, de 10 de enero de 2019 (rec. 236/2018).

2 Los consabidos “ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante”.

previamente y durante más de un año de sendas excedencias por cuidado de hijos. La solución se pergeña, como se ha dicho, desde la perspectiva de género y creo que tanto en aquélla como en el enfoque se acierta plenamente.

A este respecto ha de tenerse en cuenta cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar con este tipo de excedencia. Así, el sentido del art. 46.3 ET, como se sabe, es –en pocas palabras– facilitar a los trabajadores el cuidado de los hijos menores³. Bien es verdad que de ese cuidado se ocupan fundamental y primordialmente las mujeres, sobre las que pesan ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente contruidos que exigen de ellas la atención directa y exclusiva del menor o del familiar de que se trate⁴. Y desde ahí, es lógico pensar que “el no computar los periodos de excedencia voluntaria a efectos de la prestación de incapacidad temporal supone una discriminación negativa hacia las mujeres trabajadoras que son quienes hacen uso en mayor parte de ese derecho, quedando por ello desprotegidas frente a procesos de incapacidad temporal posteriores”.

No cabe duda de que el que antecede es un razonamiento a todas luces alineado con las actuales corrientes judiciales que entienden necesario integrar la dimensión de género en la impartición de la justicia y que “exigen del juzgador la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garantizan la mayor protección de los derechos humanos”⁵. También es un razonamiento alineado con las tradicionales corrientes doctrinales y judiciales que vinculan el cuidado de los hijos a la discriminación indirecta por razón de sexo, concepto éste que supone, no hace falta decirlo, que de ciertas medidas legislativas, prácticas, criterios o situaciones formalmente neutras o no discriminatorias se deriva un impacto adverso sobre los miembros de un grupo formado mayoritariamente por mujeres (aunque no necesariamente de forma exclusiva) a causa, precisamente, de las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo⁶. Siendo ello así, se hace preciso reconocer la necesidad de la

3 Sobre ello, vid. DILLA CATALÁ, M.J., “La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos”, en *Actualidad Laboral*, núm. 40, 1995, p. 4 (versión *on line*).

4 Y a causa también de la configuración de una suspensión de maternidad que no hace más que perpetuar ese rol de cuidadora de la mujer frente a la figura del hombre como proveedor del sustento económico. Comparándola con la suspensión por paternidad en cuanto a duración y modo de ejercicio, se da el mensaje de que el cuidado del niño es competencia de la madre, lo que provoca, a su vez, que ésta adquiera, más que el padre, una mayor experiencia en su crianza y que, a la postre, sea ella la que decida hacer uso del derecho a la excedencia por cuidado de hijos. Ayudaría, en mi opinión, a revertir esa situación la creación de unos derechos de maternidad y paternidad intransferibles y de igual duración para ambos progenitores, que es, precisamente, lo que se ha plasmado en el RD Ley 6/2019, si bien con una aplicación diferida en el tiempo.

5 STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de mayo de 2017 (rec. 1237/2016). Y sobre el particular, entre la doctrina, vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, pp. 39 a 58.

6 Sobre ello, vid, entre otras, SSTC 3/2007, de 15 de enero, 253/2004, de 22 de diciembre, 198/1996, de 3 de diciembre y 147/1995, de 16 de octubre. En el ámbito comunitario, sobre este concepto, vid. SSTJCE de 9 de

implantación de medidas de acción positiva destinadas a paliar de alguna forma las desigualdades reales padecidas por las mujeres en diversos ámbitos, incluido, por supuesto, el del trabajo⁷, lo que llevaría al extremo y en el caso que nos ocupa a la necesidad de adaptar la Ley General de Seguridad Social a una nueva realidad social, ya establecida en la propia Ley de Igualdad, para evitar situaciones de desprotección en las mujeres, principales protagonistas de la conciliación laboral y familiar.

Habría quien pudiera pensar, esto no obstante, que el enfoque de género no es la solución más adecuada para resolver este problema, puesto que no siempre es la mujer trabajadora la que solicita la excedencia por cuidado de hijos y, por ello, cuando se habla de este derecho, no debiera ponerse el foco necesariamente sobre ella. Piénsese, sin ir más lejos, en el caso de que ambos progenitores trabajen y que sea el padre el que decida suspender su contrato, bien porque los ingresos de la madre sean superiores y no sea conveniente que ella deje de trabajar o bien porque sencillamente sea el padre el que decida dar un paso adelante en el cuidado del hijo y se coloque, porque así lo desea, en la situación de excedencia. En estos casos, un eventual proceso de incapacidad temporal del padre arrojaría el mismo resultado con la norma en la mano: no tendría derecho a prestación de incapacidad alguna por no reunir el período de cotización necesario. O, dicho de otro modo, si el art. 172.a) LGSS dispone que no es posible acceder al abono de la prestación si no se tienen, como mínimo, ciento ochenta días cotizados en los cinco años anteriores al hecho causante y si el art. 237.1 del mismo cuerpo legal señala que el período de excedencia por cuidado de hijos tendrá la consideración de cotización efectiva a efectos sólo de determinadas prestaciones (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad), el mismo efecto pernicioso se produce sea hombre o mujer el solicitante de la excedencia por cuidado de hijos: la no cobertura por la Seguridad Social de la enfermedad que se padezca.

Siendo ello verdad, esto es, que ambos, hombres y mujeres, pueden resultar perjudicados por el rigor normativo, lo cierto es también que no se puede desco-

febrero de 1999 (asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), de 4 de junio de 1992 (asunto Bötzel), de 7 de febrero de 1991 (asunto Nimz) y de 27 de junio de 1990 (asunto Kowalska) y STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez), entre otras muchas.

7 Como así se reconoce, como se sabe, desde el ámbito europeo e internacional. Pueden citarse, de este modo, varios documentos que inciden en esa necesidad de desarrollar políticas o de implementar medidas para paliar los efectos perniciosos de una histórica situación de desigualdad real entre hombres y mujeres. Así y entre otros, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, la Carta de la Mujer adoptada por la Comisión Europea en 2010, la Directiva 2010/41/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género aprobado por el Consejo en 2011, el informe de la OIT *Care work and care Jobs for the future of work* de 28 de junio de 2018 o la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se derogaría la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Sobre la trascendencia de estos documentos y su repercusión práctica, vid. LÓPEZ ANIORTE, C., "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 95 a 102.

nocer la realidad que arrojan las cifras. Y éstas lo que indican es que el tiempo de excedencia es disfrutado en su inmensa mayoría (más del 90%)⁸ por mujeres, de manera que es a ellas –se reitera– a las que se las perjudica singularmente, ocasionándoles una lesión indirecta a su derecho a la igualdad y a la no discriminación. Y este dato no queda ensombrecido por el hecho de que a los trabajadores varones tampoco se les compute el tiempo de excedencia para lucrar la prestación de incapacidad temporal. Como se acaba de explicar, la necesidad de que se reformulen los artículos aquí puestos en cuestión del texto de la Ley General de Seguridad Social deriva de la exigencia de poner fin a una discriminación indirecta que por sí sola afecta mayoritariamente a las mujeres; discriminación que, de eliminarse, provocaría que se vieran compensadas en cierta forma las desventajas reales que, en materia de empleo y Seguridad Social, deben soportar aquéllas a diferencia de los varones por el hecho de la maternidad y tras el nacimiento del hijo.

Ahora bien, complementando esta perspectiva de género, creo pueden manejarse otros argumentos, también bastantes, para flexibilizar el rigor normativo. Y, para ello, no hay más que plantearse cuál sea la mejor forma de promover el cuidado del menor, garantizándose que el trabajador, ya sea hombre o mujer, que desee suspender su contrato para atender al cuidado del hijo pueda hacerlo sin perjuicio en su patrimonio jurídico.

De entrada y como se ha dicho antes, no existe elemento normativo alguno del que quepa inferir, primero, que quien no haya cotizado lo suficiente tendrá, aun con todo, derecho a la prestación por incapacidad temporal y, segundo, que el período de excedencia por cuidado de hijos compute como tiempo trabajado a efectos de esta prestación. La letra de la norma no puede ser más clara. Ello no obstante, este rigor normativo puede flexibilizarse en cierta forma de atender también a la finalidad perseguida por este tipo de excedencia. Porque piénsese que acoger una interpretación restrictiva que excluya al trabajador enfermo de la cobertura que presta la Seguridad Social debido a que no ha cotizado lo suficiente por haberse acogido a esta suspensión se compagina mal con la protección de la familia que consagra el art. 39 CE y puede conducir a situaciones de clara injusticia material. Y ello por cuanto no computar la duración de la excedencia para lucrar la prestación por incapacidad temporal entiendo que constituiría un elemento disuasorio para el trabajador que pretendiera acogerse a ella, al saber que, por su disfrute, dejaría de devengar otros derechos como el que aquí se trata, lo que, a la postre, supondría cuando menos limitar los efectos beneficiosos que posee este tipo de suspensión para la conciliación de la vida familiar y laboral.

Teniendo en cuenta, pues, ese perverso efecto que supondría para la tutela del bien jurídico protegido, en mi opinión no parece justificada la exclusión que el

8 En concreto, el 92,34% según fuentes del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (a fecha de 2 de julio de 2018).

art. 237.1 LGSS hace de su duración como tiempo efectivamente cotizado. Si se pretende que la excedencia por cuidado de hijos sea un instrumento eficaz para facilitar la crianza del hijo y para acompasar vida familiar con vida laboral, no puede pretenderse que su disfrute incida negativamente en el disfrute de otros derechos que le corresponderían al trabajador. Por ello, no se entiende que el legislador excluyera la incapacidad temporal del listado de prestaciones para las cuales el tiempo disfrutado de excedencia computa como tiempo cotizado. Máxime cuando incluso al desempleo, a pesar de no estar citada esta prestación en el listado del art. 237.1 LGSS, se le otorga un trato ventajoso en este sentido, que consiste, como es conocido, en entender que, a pesar de que no cuentan los tres años de excedencia por cuidado de hijos para el cálculo de los seis años en el que deben de jugar las cotizaciones computables para el desempleo, procede retrotraer ese período en el equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en dicha situación⁹.

Cuál pueda ser entonces la vía que instrumente una mejor protección del bien jurídico es la siguiente pregunta que cabría responder. A mi juicio, para respetar la finalidad de la excedencia, el art. 237.1 LGSS debería incluir entre las prestaciones para las que se consideran los tres años como cotizados la incapacidad temporal. Ello pasa inexorablemente por abogar por una reforma legislativa que tenga en cuenta, desde luego la perspectiva de género, pero también la mejor protección del bien jurídico y los intereses en juego, lo que incluso podría dar entrada a una decisión del Tribunal Constitucional en este sentido. En tanto que ello no acontezca, entiendo que resulta tan oportuno como coherente sostener la aplicación de la misma solución dada para la prestación por desempleo: aplicar la teoría del paréntesis¹⁰. No creo que puedan existir argumentos para rebatir su extensión también a esta situación.

En efecto, cabe recordar que la teoría del paréntesis es una construcción jurisprudencial que se ha utilizado para paliar la carencia de tiempo cotizado para lucrar prestaciones, especialmente, en materia de viudedad y jubilación. De esta forma y resumidamente, se trata de realizar una interpretación humanizadora y flexible del requisito de cotización por la que se alargue el período de cómputo excluyendo el tiempo que no se pudo cotizar por justa causa y computándose las cotizaciones anteriores a dicho lapso. Para ello y como se ha dicho, la jurisprudencia exige que se aprecie una “justificación razonable” en el alejamiento del mercado laboral del trabajador, es decir, que tiene que quedar debidamente demostrado que aquél no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Así, se han considerado como tales la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar, la percepción de una prestación no contributiva

9 Art. 4 Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.

10 Por ella también apuesta la STSJ La Rioja, de 10 de enero de 2019 (rec. 236/2018).

de invalidez, en que tampoco se cotiza o la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduce al hecho causante y por la que es explicable que se hayan descuidado los deberes legales para continuar en alta. De igual manera y como se trata de ponderar todas las circunstancias concurrentes, también se ha llegado a tener en cuenta la vida laboral del trabajador, de tal forma que una continuada carrera de seguro ha sido valorada también como elemento del que razonablemente extraer que aquél hubiese continuado ligado al sistema de la Seguridad Social de no concurrir las circunstancias que impedían u obstaculizaban la cotización¹¹.

Así planteado, el asunto es, pues, si cabe aplicar esta teoría al supuesto en el que no se pudo cotizar el tiempo suficiente para lucrar la prestación de incapacidad temporal debido a la excedencia por cuidado de hijos. Y, como se ha adelantado, mi respuesta es positiva. Y ello por dos argumentos. Primero, porque existe causa bastante para justificar la ausencia del trabajador en el sistema. En absoluto puede decirse que el excedente por cuidado de hijos se ha colocado en esta situación por propia iniciativa y con la finalidad de desvincularse del mercado de trabajo¹². Si se encuentra en esa tesitura es porque debe procurar la atención o cuidado de los hijos menores, un deber éste que –se vuelve a reiterar– tiene su reconocimiento en el marco constitucional (art. 39 CE) y que obedece, a la postre, a la política de promoción de condiciones de conciliación de la vida profesional y familiar.

Y, segundo, e íntimamente unido a lo anterior, porque se puede decir, creo que sin problema, que el *animus laborandi* del trabajador que se coloca en la situación de excedencia por cuidado de hijos existe en la medida en que no ha dejado de “querer trabajar”. Antes al contrario, puesto que lo que ha ocurrido es que se ha topado con ciertas circunstancias especiales (el cuidado físico y emocional del menor) y legales (la ausencia de norma legal que considere como tiempo cotizado la excedencia a efectos de la prestación de incapacidad temporal) que le han impedido continuar con su carrera de seguro sin voluntad de aprovecharse de situación alguna de desempleo. A mayor abundamiento, este hecho queda corroborado por la posibilidad que se le abre al trabajador, reconocida tanto doctrinal como jurisprudencialmente, de prestar servicios, ya sea por cuenta ajena o ya por cuenta propia, durante la situación de excedencia, puesto que en absoluto puede partirse del axioma de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta de este tipo de suspensión¹³.

11 Por todas, SSTs de 24 de noviembre de 2010 (rec. 777/2009), de 13 de junio de 2006 (rec. 175/2005), de 23 de diciembre de 2005 (rec. 5282/2004) y de 12 de julio de 2004 (rec. 4636/2003).

12 Argumento que maneja la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2003 (rec. 602/2003).

13 Sobre ello, vid. BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, en *Tribuna Social*, núm. 68, 1996, p. 26 y SEMPERE NAVARRO, A.V., “La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, en *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 8 (versión *on line*). Entre las sentencias que abordan esta cuestión, vid., entre otras muchas, STS de 10 de febrero de 2015 (rec. 25/2014).

Estas dos razones, en mi opinión, unidas, huelga decirlo, al enfoque de género, resultan bastantes para mantener que la norma debiera contemplar, si no la cotización a efectos de lucrar la prestación por incapacidad, sí la aplicación de la teoría del paréntesis en estas circunstancias. Resulta jurídicamente ilógico que el disfrute de esta excedencia provoque determinados efectos positivos en la mayoría de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y, al mismo tiempo, dicha situación de excedencia suponga detrimento o merma en orden al disfrute de la prestación por incapacidad temporal; una prestación que, de no haberse solicitado y obtenido la excedencia, se podría llegar a lucrar sin obstáculo alguno¹⁴.

En este sentido, una última observación resulta preciso hacer. Entiendo que los mismos planteamientos que aquí se han hecho para la excedencia por cuidado de hijos pueden extrapolarse sin problemas a la excedencia por cuidado de familiares. No hace falta agotar los argumentos para mantener que los mismos intereses están en juego (género, protección a la familia, conciliación) cuando se trata del cuidado del familiar y que este tipo de cuidado no es de menor relevancia que el del hijo. Por eso, la modificación normativa por la que antes se abogaba debe ir más allá para entrar también de lleno en un ahondamiento de la previsión, de tal modo que se entiendan como efectivamente cotizados los dos años (no el primero, como señala el art. 237.2 LGSS) de la excedencia por cuidado de familiares a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad e incapacidad temporal y, si ello no fuera así, que se aplique igualmente la teoría del paréntesis para lucrar la prestación de incapacidad temporal cuando ésta acontezca tras una situación de excedencia por cuidado de familiares.

3. VACACIONES E HIJOS: ¿DEBERÍA CONSIDERARSE TRABAJO EFECTIVO A EFECTOS DE VACACIONES EL TIEMPO DISFRUTADO EN EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS?

Esta segunda pregunta también se ha planteado recientemente a nivel judicial, siendo aquí la respuesta que se ha dado negativa. Como se conoce, el asunto ha sido debatido en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵, quien, con argumentos, a mi parecer, errados o, cuando menos, mal hilados, ha rechazado la posibilidad de que el lapso de tiempo que el trabajador disfrute con ocasión del “permiso parental”¹⁶ sea considerado tiempo efectivo de trabajo a

14 A favor también de este planteamiento, STSJ Madrid, de 5 de noviembre de 1996 (rec. 4537/1996). Igualmente, cabe señalar que LÓPEZ GANDÍA, J. [“La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, en *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2004, p. 8, versión *on line*] ya mostraba su favor por la aplicación de la teoría del paréntesis sobre las cotizaciones requeridas para lucrar la prestación de incapacidad temporal.

15 STJUE de 4 de octubre de 2018 (caso Dicu), en particular, apartados 28 a 37.

16 En la denominación que le otorga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

efectos de mantener los concretos días de vacaciones a los que se tenga derecho. Los argumentos, como he dicho, se antojan un tanto peregrinos y básicamente se pueden reconducir a dos.

Así, de un lado, se niega la similitud de la suspensión que provoca el ejercicio de este derecho con la suspensión que provoca un proceso de enfermedad y, a la postre, una incapacidad. No es ocioso recordar en estos momentos que determinados supuestos de inactividad laboral ajenos a la voluntad del trabajador (como es el caso de la incapacidad) se han asimilado sin problema alguno a servicios efectivos a estos efectos y ello porque se ha considerado que la capacidad laboral del empleado se encuentra mermada por motivos imprevisibles y a él no imputables, no pudiendo, por tanto, completar durante el año los días de trabajo necesarios para devengar el derecho a vacaciones. Pues bien, para el Tribunal ni una ni otra de las situaciones son comparables, ya que mientras que la ausencia por incapacidad acontece “por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, el disfrute de un permiso parental no reviste carácter imprevisible y deriva, en la mayoría de los supuestos, de la voluntad del trabajador de cuidar de su hijo”.

De otro lado, también se niega la similitud entre el disfrute del permiso parental y el disfrute de la suspensión por maternidad. Un acontecimiento éste último que también se tiene en cuenta, como se sabe, para mantener el derecho a vacaciones debido a la protección tan especial que se le dispensa siempre al hecho del nacimiento, al cuidado del hijo en sentido extenso y a la necesidad de acompañar la vida familiar con la laboral, procurando que aquélla no cause serios desajustes en la carrera profesional de los progenitores. Pues bien, señala el Tribunal, aunque pueda resultar sorprendente, que ambos derechos, ambas suspensiones, no responden a una misma finalidad. De este modo, el fin último de la suspensión por maternidad debe encontrarse en “la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. No señala la Sala cuál deba ser la finalidad del permiso parental, pero, ¿ciertamente ambos derechos difieren tanto entre sí como para considerarlos separados o en compartimentos estancos? Se volverá sobre ello más adelante.

Por lo que ahora importa, debe partirse de la idea de que el derecho a vacaciones es un principio básico del Derecho social comunitario que no admite interpretaciones restrictivas¹⁷, lo que es tanto como decir que su reconocimiento debe efectuarse de forma amplia para que su disfrute no se vea impedido, al menos en lo que se refiere al período mínimo de cuatro semanas de vacaciones que señala

17 STJUE de 26 de junio de 2001 (caso Bectu).

la Directiva 2003/88/CE¹⁸. Su finalidad es por todos conocida: proporcionar un período de descanso y esparcimiento al trabajador después de un período anual de prestación de servicios. El problema se plantea cuando no se ha trabajado el tiempo necesario para devengar el período mínimo de descanso al que se tiene derecho. Y aquí es donde entra en juego el art. 5.4 Convenio núm. 132 OIT, que expresamente señala que “en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios (a efectos de vacaciones)”.

A partir de aquí, cabe cuestionarse si otras ausencias del trabajador, al margen de las que señala el Convenio núm. 132 OIT, podrían computar también como trabajo efectivo. No se trata de realizar ahora de realizar un recorrido jurisprudencial sobre las soluciones que se han dado al respecto de temas tan diversos como las huelgas, ilegales o legales, las suspensiones contractuales pactadas o las suspensiones por razones empresariales. De lo que se trata, más bien, es de examinar la posibilidad de que en el concepto de “maternidad” reseñado por la norma internacional tengan cabida las ausencias del trabajo debidas al ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de hijos.

Podría argumentarse en contra, como así lo hace el TJUE, que la excedencia por cuidado de hijos es un derecho que deriva de la propia voluntad del trabajador que lo ejerce. No es un acto involuntario, ajeno a la decisión del trabajador o que traiga su causa de hecho fortuito alguno. Por lo tanto, si el ejercicio de este tipo de excedencia resta días de vacaciones es un riesgo que debe asumir el trabajador que en esta situación se coloca voluntariamente. De igual modo, también podría argüirse que en tales circunstancias resulta innecesario el reconocimiento de las vacaciones en la medida en que el trabajador puede dedicar el tiempo de suspensión a descansar o a dedicarse a actividades de ocio y tiempo libre. Si el trabajador durante el período de excedencia puede, por decirlo de esta forma, aprovechar para descansar, ningún sentido tendría, desde el punto de vista de la finalidad para la que se otorgan las vacaciones, que recuperara posteriormente los días de descanso vacacional que no ha podido disfrutar por estar en situación de excedencia y ello aunque las limitaciones derivadas de la tenencia y crianza de un hijo le frustraran en parte esas actividades de ocio que pudiera tener previsto realizar durante las vacaciones. Por último y no menos importante, también habría que valorar el perjuicio a los intereses empresariales y las dificultades organizativas que para la organización del trabajo supondría que los trabajadores recuperaran los días no trabajados a causa por causa de excedencia en cualquier otro momento.

Ahora bien, aun pudiendo aceptar este planteamiento, entiendo que, como se ha dicho antes, el excedente por cuidado de hijos se ha colocado en esta situación

18 STJUE de 24 de enero de 2012 (caso Domínguez).

para procurar la atención o cuidado de los hijos menores, un deber éste de marcado carácter constitucional y que obedece a una finalidad aún más amplia cual es la consecución de la conciliación entre las responsabilidades profesionales y las obligaciones familiares. Siendo ello así, también en este asunto, la atención del bien jurídico protegido por la norma puede dar la pauta de solución de esta disyuntiva. Porque el carácter justificador de aquellos tres argumentos no puede operar en contra de la protección que constitucional y legislativamente hablando se le reconoce a la atención y crianza del hijo y, por extensión, a la protección de la familia y a la conciliación de intereses laborales con personales.

Y así, de igual modo que ocurre con la huelga, cuyo ejercicio depende de la voluntad única y exclusiva del trabajador y, a pesar de ello, no produce el descuento de días de vacaciones (cuando aquélla es legal, se sobreentiende), creo que el derecho a vacaciones debe mantenerse igualmente inalterado cuando se hace uso de la excedencia por cuidado de hijos. Este tipo de suspensión impide, a mi modo de ver, el cumplimiento de la finalidad para la que se otorgan las vacaciones. Una cosa es disponer de un período de descanso y de disfrute del ocio y tiempo libre y otra bien distinta es dedicarse a la crianza y a la atención del hijo. Diferencia ésta que ciertamente las normas estatales, comunitarias e internacionales ya reflejan, en tanto que las suspensiones por maternidad, paternidad y adopción o acogimiento ni son impedimento para el reconocimiento y posterior disfrute del derecho a vacaciones ni son supuestos que descuenten días de este período. Esta previsión, como se sabe, cabe buscarla en la protección a la maternidad, en la necesidad de que progenitores e hijos estrechen vínculos afectivos y en intentar acompañar vida familiar con las cargas que derivan de la prestación de servicios laborales. Pues bien, a mi modo de ver, desde la similitud –mal negada por el TJUE– que guardan estos supuestos con la excedencia por cuidado de hijos, la misma solución que ofrece el art. 38.3 ET cabe aplicar cuando se ejerce el derecho del art. 46.3 ET: asimilar este período a trabajo efectivamente prestado y posibilitar el disfrute de las vacaciones en período alternativo. A favor de esta idea, y a mayor abundamiento, se alza también el art. 5.2 del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, que expresamente prevé que “los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental”, añadiéndose que “al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales”.

Por lo tanto y en atención a la finalidad que se persigue con la excedencia por cuidado de hijos (y por extensión, como en el caso anterior, con la excedencia por cuidado de familiares) no creo que pueda mantenerse otra conclusión. Una interpretación contraria –y de nuevo se vuelve a un argumento ya manejado– constituiría un elemento disuasorio para el trabajador que pretendiese acogerse a esta situación de suspensión al saber que, durante ese tiempo, dejaría de

devengar el derecho a vacaciones en clara contraposición a los trabajadores que permanecen en activo en la empresa, lo que en definitiva supondría, como ya dejaría sentado el Tribunal Supremo¹⁹, un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su verdadero fin.

4. HIJOS MENORES, PERO MAYORES DE TRES AÑOS: ¿CABE SU INCLUSIÓN EN LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS (O DE FAMILIARES)?

Ya se ha dicho que con la excedencia por cuidado de hijos se pretende atender al cuidado y a la atención del menor. Ahora bien, una pregunta surge inmediatamente habida cuenta del tenor literal de la norma: ¿cuál es la menor edad protegida por la norma? Porque el art. 46.3 ET nada señala al respecto en contraposición a lo que sí indica, por ejemplo, el Acuerdo Marco sobre permiso parental (ocho años) u otras normas estatutarias que tienen idéntico o similar fin como la reducción de jornada por guarda legal (doce años) o la suspensión por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (seis años).

Ello no obstante, cuando se trata del cuidado de un hijo biológico, la cuestión parece resolverse habida cuenta de la duración que el legislador le otorga a la excedencia. Ésta sólo podrá disfrutarse hasta los tres años del hijo ya que el *dies a quo* de inicio de la misma se sitúa en la fecha de nacimiento²⁰. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Ello no obstante, tal límite temporal no jugaría cuando se tratase de un menor adoptado o acogido²¹ pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución judicial o administrativa y ésta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de tres años adoptado o acogido podría generar la solicitud de la excedencia por parte de sus padres o tutores.

Siendo este el panorama que perfila la norma, cabe plantearse, de un lado, hasta qué edad del hijo adoptado o acogido se podría solicitar la excedencia y, de otro, si el hijo biológico menor, pero mayor de tres años puede generar derecho a excedencia, aunque fuera la de cuidado de familiares. Y, por lo

19 En STS de 28 de junio de 2002 (rec. 1274/2001) a efectos de reconocimiento del período de excedencia por cuidado de hijos para el cómputo de la antigüedad, pero cuya argumentación puede perfectamente ser extrapolable al supuesto que nos ocupa.

20 No, por lo tanto, en la fecha en que finaliza la suspensión por maternidad (STSJ Cataluña, de 20 de septiembre de 2006, rec. 955/2005).

21 Concretamente, señala la norma que la excedencia podrá solicitarse “para atender al cuidado de cada hijo tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente”. Es criticable, como así se ha señalado reiteradamente por la doctrina, que el legislador se haya olvidado de otros tipos de acogimiento más allá del permanente, habida cuenta de que, por ejemplo, el acogimiento familiar temporal puede llegar a tener una duración de dos años (art. 173.bis.b Código Civil) y los mismos intereses de protección, cuidado del menor y conciliatorios existen. Sobre ello, vid. JURADO SEGOVIA, A., “La excedencia por razones familiares: puntos críticos”, en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2012, p. 2 (versión *on line*) y LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las excedencias familiares”, en *Tribuna Social*, núm. 229, 2010, p. 17.

que respecta a la primera cuestión, dos son las soluciones por las que podría abogarse. Primera, entender que no existe límite de edad alguno, por lo que cualquier persona adoptada o acogida antes de llegar a su mayoría de edad podría generar derecho a la excedencia. Segunda, entender que la excedencia por cuidado de hijos en estos supuestos también está topada por razón de la edad del sujeto causante, lo que nos llevaría a otra cuestión, que es la de la determinación de esa edad.

Quienes abogan por la primera opción sostienen que en caso de adopción o acogimiento no se trata tanto del cuidado y atención del menor, como de procurar su integración en un nuevo ámbito social, cultural y familiar que puede ser muy distinto al de origen²². Y esta necesidad existe tenga el menor seis años, diez o diecisiete. Además, y si se repara en la norma, parece que el legislador quiso silenciar expresamente para este supuesto cualquier requisito de edad del sujeto adoptado o acogido, por lo que, si pudiendo establecerlo, el legislador no optó por ello, no cabría ahora distinguir donde la ley no lo hace. Pues bien, en mi opinión, ciertamente estos dos argumentos podrían tener el suficiente peso para estar de acuerdo con esta primera línea interpretativa...si no fuera porque, por mínimas razones de coherencia sistemática, no puede pretenderse que la excedencia por cuidado del hijo biológico venga topada por la edad de aquél y no cuando se trate de una excedencia por cuidado de hijo adoptado o acogido²³. Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo biológico que cuando se trata de un hijo adoptado o acogido. Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación de la norma por la que resulte indiferente aquí la edad del menor. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta la previsión del Acuerdo Marco sobre permiso parental que sitúa la edad máxima del menor para generar este derecho en los ocho años, por lo que si la excedencia por cuidado de un hijos es una manifestación de este permiso parental europeo debe convenirse que aquélla debe venir topada de un modo o de otro por la edad del sujeto beneficiario, sea éste hijo biológico, adoptado o acogido.

El descarte, pues, de esta opción conduce irremediabilmente a abogar por la segunda de las soluciones posibles: la de entender que también en estos supuestos importa la edad del hijo para poder acogerse a la excedencia. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope del menor. Y aquí se abren, a mi modo de ver, cuatro opciones. Primera, entender que esa edad serían los tres años, otorgándole entonces a la excedencia por cuidado de hijos

22 STSJ Aragón, de 14 de octubre de 2009 (rec. 737/2009) y, entre la doctrina, CRUZ VILLALÓN, J., “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 1997, p. 82.

23 El mismo razonamiento sigue LÓPEZ TERRADA, E., “Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español”, en FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.): *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 288.

un tratamiento unitario con independencia de qué relación de filiación una al sujeto causante con el sujeto beneficiario²⁴. Segunda, aplicar los ocho años que se derivan del Acuerdo Marco sobre permiso parental²⁵. Tercera, entender aplicable por analogía la edad de los seis años²⁶ prevista para los casos de suspensión del contrato por adopción o acogimiento, edad, por cierto, que coincidiría con el inicio de la escolarización obligatoria y menos cuidados entonces de los padres se exigiría²⁷. Y cuarta, entender también aplicable por analogía la edad de los doce años²⁸ que se prevé para los casos de reducción de jornada por guarda legal²⁹.

Realmente existen argumentos más que suficientes para defender cualquiera de las cuatro opciones; ello no obstante, creo que lo más conveniente es entender que la edad tope del menor adoptado o acogido debe fijarse en los doce años y ello tanto por razones de coherencia interna entre normas estatutarias con misma finalidad³⁰, como por una mejor protección del bien jurídico tutelado por la institución de la excedencia, como, en fin, por otorgar un tratamiento unitario a las dos instituciones mediante las cuales el ordenamiento español ha plasmado la figura del permiso parental europeo, la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijos. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo es biológico, los tres de edad del menor se antojan ciertamente escasos. A mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los doce años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo biológico se trata, de tal modo que los tres años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud al empresario. Lo contrario resultaría un contrasentido ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo

24 Por esta interpretación aboga DILLA CATALÁ, M.J., “La nueva regulación de la excedencia por ..., op.cit., p. 3 (versión *on line*).

25 JURADO SEGOVIA, A., “La excedencia por razones ..., op.cit., p. 4 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, p. 866.

26 Como se sabe, puede rebasarse esa edad cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

27 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, p. 18 (versión *on line*) y JURADO SEGOVIA, A., “La excedencia por razones ..., op.cit., p. 2.

28 El RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre amplió, como se sabe, la edad del menor de ocho años a doce para poder solicitar la reducción de jornada.

29 GIL PLANA, J., “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, p. 235 y LÓPEZ TERRADA, E., “Corresponsabilidad y permisos parentales: la ..., op.cit., p. 289, aunque esta autora haciendo referencia a la edad anterior de los ocho años.

30 PÉREZ DEL RÍO, T., “La ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate”, en *Temas laborales*, núm. 52, 1999, p. 53.

que la modificación normativa del art. 46.3 ET debería entrar también en esta cuestión y fijar los doce años del menor como límite máximo para solicitar la excedencia y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

Ligado a lo anterior, cabe plantearse ahora la segunda de las cuestiones que se realizaban al comienzo de este epígrafe: si el hijo biológico menor, pero mayor de tres años puede ser tutelado por este tipo de excedencia. Si se aboga por la reformulación que antecede de la norma, no cabe duda de que este supuesto también quedaría englobado en el ámbito de protección normativa. No obstante, hasta que ello no ocurra, la interpretación literal del precepto impide solicitar una excedencia por cuidado de hijos para atender al menor mayor de tres años. Cerrada esa vía, cabe preguntarse si sería posible abogar por una interpretación según la cual el cuidado de ese menor quedase amparado por la vía de la excedencia por cuidado de familiares. Recuértese, a estos efectos, lo que predispone el párrafo segundo del art. 46.3 ET: “También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

La letra de la norma, ciertamente, deja margen a la interpretación. Porque si se parte de la base de que el supuesto de hecho de esta excedencia es la asistencia a personas necesitadas de atención, no puede más que concluirse que un menor mayor de tres años es un familiar que, por razón de su edad, no puede valerse por sí mismo y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona³¹. Desde esta perspectiva, obsérvese, además, que excedencia por cuidado de hijos y excedencia por cuidado de familiares podrían disfrutarse sucesivamente, pues, cuando concluyera la primera, nada impediría a los progenitores solicitar la segunda para continuar con la atención del menor³².

Esta sería una interpretación. La segunda supondría entender, en consonancia con la Exposición de Motivos de la norma que la introdujo³³, que la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para familiares mayores y enfermos, que no pueden valerse por sí mismos ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo menor pero mayor de tres años sólo tendría cabida aquí si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo

31 Esta es la opción interpretativa que mayoritariamente se acoge a nivel doctrinal. Así, GIL PLANA, J., “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos ..., op.cit., pp. 239 y 240, JOVER RAMÍREZ, C., “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma”, en *Aranzadi Social*, núm. 4, 2013, p. 2 (versión *on line*), JURADO SEGOVIA, A., “La excedencia por razones ..., op.cit., p. 3, LÓPEZ TERRADA, E., “Corresponsabilidad y permisos parentales: la ..., op.cit., p. 291 y LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las excedencias ..., op.cit., p. 19.

32 STSJ Navarra, de 23 de febrero de 2006 (rec. 25/2006).

33 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

el caso, su atención a través de la excedencia debe entenderse regulada por el párrafo primero del art. 46.3 ET³⁴.

Desde luego, una interpretación lógica de la norma, que busque los motivos del legislador para instaurar este tipo de excedencia, implica sostener que la segunda de las opciones aquí planteadas es la correcta. Lo que supone afirmar la separación jurídica entre las dos excedencias, pues una y otra tendrían una finalidad clara (una para el cuidado de hijos, otra para familiares dependientes por razón de edad, enfermedad o accidente) y resultarían recíprocamente excluyentes. Ello no obstante, y a mi modo de ver, la finalidad de la institución, de la excedencia en su conjunto, y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que debe trascenderse de esa interpretación lógica para afirmar sin ambages que la menor edad de los hijos hasta el momento en que éstos puedan ser autosuficientes puede protegerse también a través de la excedencia por cuidado de familiares. A mayor abundamiento, incluso esta opción debe mantenerse por propia reducción al absurdo: exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de excedencia para el cuidado de ese hijo sería incoherente, pues supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que no existiendo tal enfermedad, el menor podría valerse por sí mismo, cuando es evidente que no tendría esa capacidad y autonomía precisamente por su edad.

Por lo tanto, y a mi juicio, visto el asunto desde la óptica de la protección y el cuidado del menor y de los intereses conciliatorios, la formulación del segundo párrafo del art. 46.3 ET en este segundo párrafo es desafortunada, algo que, por lo demás, es tónica frecuente de la institución de la excedencia por cuidado de familiares en su conjunto, no sólo en este concreto punto. De esta forma, son frecuentes las voces que critican la redacción del precepto por lo que se refiere al grado de parentesco requerido, a los sujetos causantes (fíjese que la norma no alude a los hijos adoptados), a la exigencia de no desempeñar actividad retribuida y a las menores garantías, laborales y de Seguridad Social, que otorga esta excedencia frente a la de cuidado de hijos³⁵. Por eso, desde aquí también se aboga por que una futura reforma del art. 46.3 ET trate de forma conjunta ambos supuestos de excedencia que no diferencie entre cuidado de hijos y cuidado de otros familiares, que no otorgue un trato de favor a uno frente al otro como si se pudieran establecer grados distintos de importancia según se cuide a uno u otro

34 SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio (rec. 218/2017) y de 4 de mayo de 2018 (rec. 133/2017) y 2 de octubre de 2017 (rec. 186/2017), SAN de 13 de noviembre de 2017 (proc. 290/2017) y SSTSJ Castilla y León (Burgos), de 18 de noviembre (rec. 666/2015) de 23 de octubre de 2015 (rec. 649/2015), Aragón, de 14 de octubre de 2009 (rec. 737/2009) y País Vasco, de 2 de mayo de 2007 (rec. 424/2007).

35 Entre ellos, GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La reciente Ley 39/1999, para promover la ...", op.cit., p. 19 a 22, GIL PLANA, J., "La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos ...", op.cit., pp. 237 y ss., JOVER RAMÍREZ, C., "La difícil supervivencia de la conciliación entre...", op.cit., pp. 2 y ss., JURADO SEGOVIA, A., "La excedencia por razones ...", op.cit., pp. 2 y ss., LOUSADA AROCHENA, J.F., "Las excedencias...", op.cit., pp. 17 y ss., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La excedencia por razones familiares: una realidad ...", op.cit., pp. 871 a 874.

sujeto y que tope la edad del menor protegido en –como se ha dicho– los doce años.

5. REFLEXIONES FINALES

La excedencia por cuidado de hijos es, como se ha visto, una institución claramente tuteladora de un bien jurídico muy concreto, la atención y el cuidado del hijo, y de los intereses conciliatorios que se ponen en juego cuando acontece el nacimiento, la adopción o el acogimiento del menor. Ocurre, sin embargo, que su formulación en el texto estatutario requiere reformar ciertos aspectos para lograr una mayor protección de aquéllos. Los que se han evidenciado en este trabajo son tan sólo algunos de ellos, pero importantes, al fin y al cabo, para dotar de un mayor sentido práctico a este tipo de suspensión. Procedería, por consiguiente, una reforma legislativa que buscara una mayor concordancia con la finalidad y el espíritu de la institución; algo que encontraría su apoyo, por cierto, en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de enero de 2007, según la cual la dimensión constitucional de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como desde el mandato de protección a la familia y a la infancia, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa” y –añado– de cualquier propuesta de reformulación legislativa que se pretendiera acometer. Soluciones en sentido contrario a los problemas que esta excedencia plantea no harían más que perpetuar una serie de desajustes y contradicciones que flaco favor hacen a la protección y cuidado de quienes más lo necesitan.